



Acórdão 00427/2021-4 - 2ª Câmara

Processo: 03344/2020-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: S M COMUNICACOES LTDA, LEANDRO DA COSTA BARRETO

Responsável: EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES, LUCIANE NUNES DE SOUZA,
GEORGIA KARLA BEZERRA GONCALVES

Procuradores: BRUNO OLIVEIRA CARDOSO (OAB: 522A-ES, OAB: 103883-RJ), FABIANO CARVALHO DE BRITO (OAB: 11444-ES, OAB: 105893-RJ), ROLAND LEO CASTELLO RIBEIRO (OAB: 9233-ES), ALESSANDRA ANTUNES COELHO (OAB: 18873-ES), NEIMAR ZAVARIZE (OAB: 11117-ES), RAFAEL LIBARDI COMARELA (OAB: 11323-ES)

**REPRESENTAÇÃO – REJEITAR PRELIMINAR –
REJEITAR JUSTIFICATIVA – CONSIDERAR
PROCEDENTE – AFASTAR RESPONSABILIDADE
DO PROCURADOR JURÍDICO E PREFEITO – DAR
CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

**- EDITAIS DE LICITAÇÃO APENAS DEVEM
POSSUIR CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE
PARTICIPAÇÃO QUANDO AMPARADAS EM RAZÃO
QUE JUSTIFIQUE TAL LIMITAÇÃO.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada pela pessoa jurídica **SM Comunicações LTDA**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da Prefeitura Municipal de Guarapari, em que alega irregularidade no âmbito do Pregão Presencial 117/2019,

cujo objeto é contratação de emissora de televisão de canal aberto para divulgação de conteúdo informativo de utilidade pública, tais como, divulgação de materiais institucionais, programas de governo, eventos, campanhas educativas/informativas determinadas pelo município em forma de inserções de 30” a 60” segundos - SEMCOS.

Alega a Representante, em síntese, restrição à competitividade, a partir da inserção de interpretação de cláusula, que reduziu a apenas um o número de empresas que poderiam prestar o serviço, embora várias emissoras de TV aberta cubram o Município de Guarapari.

Por meio da **Decisão Monocrática nº 0480/2020-6** deixei de acolher, naquele momento, o pleito cautelar e determinei a notificação das **Sras. Luciane Nunes de Souza** (Pregoeira Oficial), **Georgia Karla Bezerra Gonçalves** (Secretária Municipal de Comunicação Social) e do **Sr. Edson Figueiredo Magalhães** (Prefeito Municipal) para que apresentassem as informações/documentos necessários aos esclarecimentos dos fatos.

Devidamente notificados, através dos Termos de Notificação nº 618, 619 e 620/2020, foram acostadas aos autos, tempestivamente, os esclarecimentos e documentos de apoio, apresentados, conjuntamente, pelos notificados (Peças 17 a 28 dos autos).

Em seguida, foram os autos remetidos ao Núcleo de Outras Fiscalizações – NOF para análise e instrução, momento em que foi elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar 44/2020** com a sugestão de indeferimento da cautelar pleiteada, enquanto que o *Parquet* de Contas requereu vista e nos termos do Parecer nº 2621/2020-8, opinou pelo deferimento da medida cautelar, sendo que a **Decisão 827/2020-7 – 2ª Câmara**, consubstanciada pelo Voto nº 2066/2020-9, conheceu da representação, determinando a tramitação do feito pelo rito ordinário, nos termos do art. 295 do RITCEES, e a oitiva dos responsáveis, em conformidade com o art. 125, § 4º, da LCE 621/12 e o art. 307, § 3º, do RITCEES. Notificados da decisão, os responsáveis juntaram aos autos suas justificativas (documentos eletrônicos 52, 53 e 54).

O Núcleo de Outras Fiscalizações – NOF elaborou a **Manifestação Técnica 2906/2020-1** e a **Instrução Técnica Inicial 208/2020-8**, sugerindo a citação dos senhores responsáveis **Edson Figueiredo Magalhães, Geórgia Gonçalves e Leandro da Costa Barreto** em razão do indicativo de irregularidade “restrição e direcionamento em certame licitatório”.

Conforme **Decisão SEGEX 278/2020-3**, os responsáveis foram citados, e manifestaram-se nos autos, conforme documentos eletrônicos constantes nos eventos 70 e 71.

Na sequência, os autos retornaram ao NOF para análise e manifestação, momento no qual foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva 5450/2020-4**, com a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

4.2 Posto isso, e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Res. TC 261/2013, conclui-se, opinando por:

4.2.1 Reconhecer a procedência da Representação, com base no artigo 178, inciso II, do RITCEES.

4.2.2 Não acolher as questões preliminares suscitada por Leandro da Costa Barreto;

4.2.2 Rejeitar as razões de justificativa de **Geórgia Gonçalves** pela prática dos atos irregulares descritos no item 3 desta ITC, sugerindo-se a aplicação de multa;

4.2.3 Rejeitar as razões de justificativa de **Edson Figueiredo Guimarães** pela prática dos atos irregulares descritos no item 3 desta ITC, sugerindo-se a aplicação de multa.

4.2.4 Acolher as razões de justificativa e afastar a responsabilidade de Leandro da Costa Barreto;

4.3 – Cientificar o representante da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas.

O *Parquet* de Contas, por meio do **Parecer nº 00683/2021-3**, anuiu à proposição técnica.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. Das Preliminares de violação ao princípio da congruência e ao princípio da ampla defesa e do contraditório:

O senhor Leandro da Costa Barreto argumenta que o objeto de julgamento desse processo não está adstrito ao disposto na Representação, o que, no seu entender, seria uma causa de nulidade.

Ora, como muito bem explicado na **Instrução Técnica Conclusiva 5450/2020**, durante a instrução do feito pela área técnica este setor pode identificar irregularidades e responsáveis, sendo que, após a elaboração da Instrução Técnica Inicial, esses devem ser citados, como de fato foram no caso concreto.

A limitação ao julgamento deve ser ao que consta na Instrução Técnica Inicial, não ao que foi necessariamente exposto na representação.

Não há que se falar, igualmente, que a irregularidade que foi atribuída ao senhor Leandro da Costa Barreto não foi tipificada, requerendo este a nulidade da citação, pois foi detalhadamente descrita, conforme se observa do item 5 da **Manifestação Técnica 2906/2020**.

Por fim, a alegação de que, quando da citação, não foi demonstrado qual inciso do art. 135 da LCE 621/12 poderia vir a ser imputado a ele, no caso de eventual aplicação de multa (e que isso acarretaria nulidade), também não merece prosperar, uma vez que o responsável deve realizar a defesa em relação aos fatos a ele imputados, cabendo ao julgador perquirir o dispositivo legal adequado ao caso concreto.

Dessa forma, acompanhamos o entendimento da área técnica, anuído pelo Parquet de Contas e **rejeito as preliminares**.

Ultrapassa esta fase passo a análise de mérito.

2.2. Do Mérito:

É importante ressaltar que a irregularidade que ora se discute é atinente ao item 2.1 (Restrição e direcionamento em certame licitatório) da ITC nº 5450/2020-4, a qual passa ao enfrentamento.

De início deve ser analisada a redação literal referente ao objeto do Termo de Referência do Edital do Pregão Presencial nº 117/2019 referente à presente representação.

Objeto: Contratação de emissora de canal aberto, para prestação de serviços com abrangência de cobertura local para divulgação de conteúdo informativo de utilidade pública, tais como, divulgação de materiais institucionais, programas de governo, eventos e campanhas educativas\ informativas determinadas pelo Município, em forma de inserções de "30" a "60".

1.1 A emissora deverá conter em sua grade, programa no formato telejornal, em pelo menos, dois horários diários.

1.2 Serão realizado 110 (cento e dez) inserções mensais, sendo 50 (cinquenta) de sessenta segundos (60") e 60 (sessenta) de trinta segundos (30"), de segunda a sexta, em programas de telejornal e entrevista locais.

Pois bem, a princípio não há uma irregularidade de restrição na redação acima, haja vista que exigir que haja uma "abrangência de cobertura local" não impede que outras emissoras de nível estadual ou até mesmo nacional participem da licitação desde (que sua transmissão abarque todo o município de Guarapari).

O que o termo de referência está exigindo, no item 1.1 acima, é que a emissora tenha em sua grade de programação telejornal em dois horários distintos diários, o que não é uma restrição injustificada haja vista a importância desse tipo de programação, bem como a existência de várias emissoras que possuem essa modalidade em sua grade.

Tem-se, então, que a cláusula por si não é restritiva a ponto de violar o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93 que reza:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Passa a haver uma restrição indevida a partir do momento em que é feita uma interpretação dessa cláusula de modo a afastar emissoras que não tenham em sua grade televisiva programas locais relacionados especificamente ao município de Guarapari, pois não haveria causa justificadora para tanto, pois o objetivo do serviço contratado por essa licitação é transmitir a informação para o máximo de pessoas.

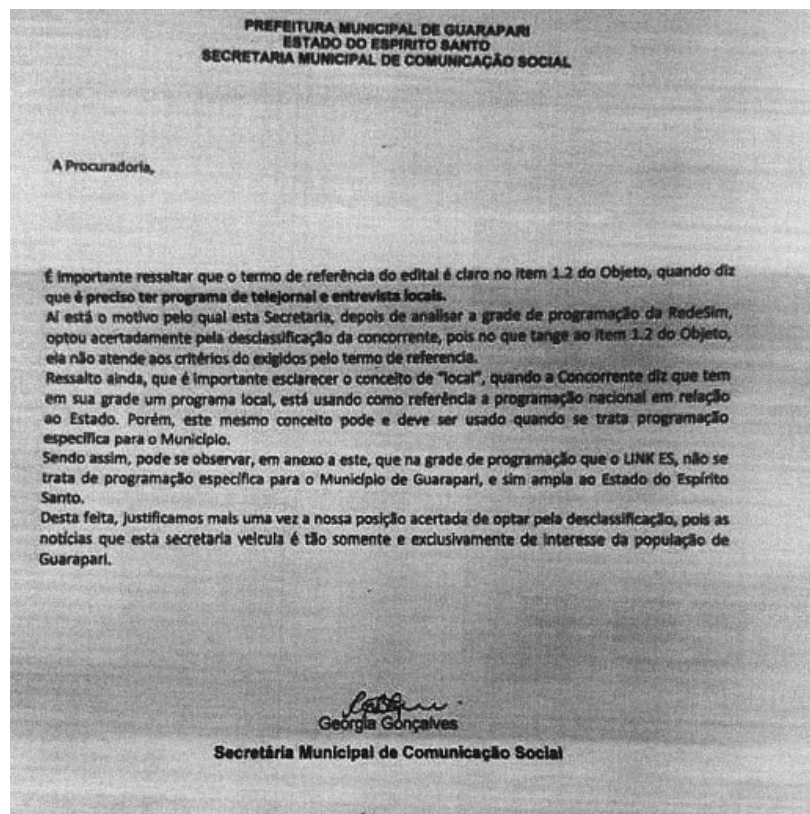
Essa seria uma restrição desnecessária, sendo que nas palavras de Marçal Justen Filho:

[...] é relevante destacar que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusula restritivas da participação. Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada [...]¹

Essa interpretação indevida ocorreu no caso concreto, isso pode ser constatado através do documento abaixo que expõe a justificativa que ocasionou a desclassificação da primeira colocada com base nessa forma de interpretar restritiva.

Tal documento foi assinado pela responsável **Georgia Karla Bezerra Gonçalves** e emitido após recurso administrativo extemporâneo da empresa desclassificada (fl. 03 da Peça 10):

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93-94.



O fato de a emissora ter de transmitir programas relacionados ao Município de Guarapari não necessariamente indica que ela é vista por um número maiores de pessoas dessa cidade.

A empresa que ficou em primeiro lugar foi desclassificada por não conter em sua grade de programação conteúdos locais relacionados ao município, isso foi mostrado no documento acima, o que enseja a presença da irregularidade no caso concreto.

Há até mesmo uma certa contradição entre o documento acima, assinado pela Secretária Municipal de Comunicação Social, e a defesa desta quando menciona que (Peça 71):

Nota-se que o Termo de Referência não restringiu, em momento nenhum, o objeto da licitação ao determinar que apenas emissora de televisão com telejornal e entrevistas local em sua grade poderiam prestar o serviço de divulgação, nem tampouco exigiu que a emissora tenha telejornal ou entrevista local, restrito aos limites do Município de Guarapari, conforme interpretação da área técnica. O Termo de Referência possui a exigência quanto à **ABRANGÊNCIA DE COBERTURA LOCAL, ou seja, a emissora deveria alcançar toda a população de Guarapari.**

Como a cláusula questionada é válida, sendo que a interpretação dada a ela que é irregular, não há que se falar que empresas deixaram de participar da licitação em razão de sua previsão, pois ainda não saberiam a forma de interpretar que seria atribuída pela Administração municipal. De modo que não é possível afirmar que outras empresas televisas deixaram de participar da licitação em razão dessa cláusula (considero este fato ao atenuar o valor da multa).

Não há que se falar, também, em responsabilidade de quem elaborou a redação do objeto do Termo de Referência, bem como de quem fez seu controle jurídico, motivo pela qual **entendo pela não presença de realização de ato irregular pelo Procurador Jurídico, Leandro da Costa Barreto.**

Em sede de defesa, **Edson Figueiredo Magalhães** e **Georgia Karla Bezerra Gonçalves** alegam que a licitante desclassificada não cumpriria outro requisito (cobertura em todo município de Guarapari), porém, se valem apenas de uma alegação de outra emissora na Ata da Licitação, **não houve confirmação formal disso na decisão que desclassificou a primeira colocada.**

No que se refere à responsabilidade do Prefeito Municipal, a mesma decorre de ato que homologou o certame (fl. 08 da Peça 08). Porém, no caso concreto devem ser feitas ponderações. Explico.

A responsabilidade do Chefe do Poder Executivo municipal em decorrência de atos homologatórios de certames de licitação deve ser vista com muita cautela para que se evite imputações de responsabilidade de forma injustificada. Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União no que se refere ao agente responsável por homologar licitações:

Quanto à responsabilidade pela homologação dos processos licitatórios, deve ser ressaltado que assiste razão ao responsável em sua defesa de que não participou da homologação das duas licitações, mas somente de uma, bem como não estava mais no cargo durante a contratação e pagamentos posteriormente realizados.

A irregularidade que lhe é imputada decorre de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis na análise procedida pela autoridade encarregada da homologação do certame; nesse sentido, adéqua-se ao caso o voto exposto pelo ministro-relator do Acórdão 2300/2013-TCU-Plenário:

Este Tribunal tem se posicionado pela responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos em procedimentos licitatórios, exceto se as correspondentes irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis na análise procedida pela autoridade encarregada da homologação do certame (acórdãos do Plenário 3.389/2010, 1.457/2010,

787/2009; acórdão da 2ª Câmara, 1.685/2007 e acórdão da 1ª Câmara, 690/2008, dentre outros).

Nesse aspecto, observo que, constando no processo a pesquisa de preços/orçamento com os valores levantados pela área técnica ou mesmo as propostas ofertadas nos certames, não havia como o referido gestor checar os preços dos itens unitários da planilha de cada obra ou realizar nova pesquisa de preço, para comparar com a existente nos autos, antes da homologação. Ou seja, os fatos que ensejaram a irregularidade destas contas, não eram facilmente detectados pela autoridade encarregada da homologação do certame. Acolho, pois, os argumentos deste recorrente.

Assim, propõe-se aceitar as alegações de defesa apresentadas pelo responsável, e entendo que não lhe cabe responsabilidade no dano, por não ter seus atos, interferido diretamente no prejuízo apurado, uma vez que as suas atribuições no campo da supervisão, não alcançaria saber da regularidade dos preços praticados durante um pregão, ante as atribuições/tarefas a que está submetido².

Penso que não há responsabilidade do prefeito no caso concreto, pois o documento da Secretaria Municipal de Comunicação Social que fundamentou a desclassificação da empresa no Processo Administrativo Municipal (fl. 98 da Peça 07) fez menção a “não existência de telejornal local”, o que pode induzir o responsável por homologar o certame a entender que não havia tal programação pela emissora (não necessariamente que a empresa televisa não transmitia programas relacionados especificamente ao município de Guarapari – o que seria restritivo exigir).

Como não houve recurso no processo antes da homologação, essa questão não foi discutida. Pode-se, de forma justificada, entender com base no documento abaixo que a programação não abarcava dois telejornais por dia (fl. 98 da Peça 07):

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2013. **ACÓRDÃO Nº 8744/2016 - TC 019.538/2013-8**. 2ª Câmara. Relator: Min. Raimundo Carneiro. Data da sessão: 26/07/2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 07 mar. 2021.



Apenas em sede de recurso administrativo (fora do prazo), ou seja, após a homologação, que houve manifestação expressa da interpretação restritiva que ocasionou desclassificação da primeira colocada, conforme visto à fl. 03 da Peça 10.

Antes dessa fundamentação o responsável por homologar o certame poderia, em razão do documento acima, entender que a emissora não tinha em sua grade de programação dois telejornais (e não que ela possui dois telejornais, porém, eles não eram específicos de assuntos do Município, o que, repito, seria indevido exigir).

Cabe ressaltar que a pregoeira da licitação, senhora Luciane Nunes de Souza, não foi citada pela **Decisão SEGEX 00278/2020**, em razão da decisão de citação ter acompanhado a **Manifestação Técnica 2906/2020** que fundamentou a não responsabilização da referida agente pública.

Dessa forma, acompanho a Área Técnica e o Ministério Público de Contas no sentido de manter a responsabilidade da senhora **Georgia Karla Bezerra Gonçalves** pela irregularidade de interpretação restritiva de cláusula do Termo de Referência do Pregão

Presencial nº 117/2019 e afastar a responsabilidade do senhor **Leandro da Costa Barreto**. No entanto, dirijo do Órgão Ministerial e da Área Técnica para afastar a responsabilidade do senhor **Edson Figueiredo Magalhães**.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-427/2021 – SEGUNDA CÂMARA:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da **Segunda Câmara**, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. REJEITAR AS PRELIMINARES de violação ao princípio da congruência e violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório suscitada pelo senhor **Leandro da Costa Barreto**, conforme razões expendidas no item 2.1 deste voto;

1.2. REJEITAR AS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA apresentadas pela senhora **Georgia Karla Bezerra Gonçalves** e **CONSIDERAR PROCEDENTE** a representação, na forma dos arts. 95, inciso II, e 101, parágrafo único, da LCE n. 621/2012, aplicando-lhe multa pecuniária de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 135, inciso II, da LCE n. 621/2012, conforme razões expendidas no item 2.2 deste voto;

1.3. AFASTAR A RESPONSABILIDADE dos senhores **Edson Figueiredo Magalhães** e **Leandro da Costa Barreto**, extinguindo o feito com resolução de mérito em relação a esses agentes, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC c/c art. 70 da LCE n. 621/12 e art. 207, inciso III, do RITCEES, conforme razões expendidas no item 2.2 deste voto;

1.4. ARQUIVAR os presentes autos, na forma do art. 330, IV, da Resolução TC 261/13 - RITCEES;

1.5. DAR CIÊNCIA ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 16/04/2021 - 17ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator) e Domingos Augusto Taufner.

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões